

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E FORO ESPECIAL: REFLEXÕES PONTUAIS

Daniel Santos Rocha Sobral*

1 – Introdução

É fato indene de dúvidas ter a Constituição de 1988 procurado imprimir sensível resguardo da moralidade no âmbito da Administração Pública, tanto que já no seio de seu art. 14, § 9º, inserto no Capítulo IV do Título II, dedicado aos direitos políticos, outorgara competência à Lei Complementar para estabelecer casos outros (de inelegibilidade) tendentes à proteção da probidade administrativa, tendo o constituinte, logo adiante, imbuído do mesmo propósito, optado por inaugurar no ordenamento jurídico pátrio o instituto da improbidade administrativa, estabelecendo, para tanto, plúrimas sanções aos agentes responsáveis por atos tidos como ímprobos (art. 15, IV, c/c art. 37, § 4º, CF/88), na forma e gradação previstas em lei.

Esse dever de probidade, na feliz lição de Marcelo Caetano, consiste no dever de o funcionário servir “à administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sempre no intuito de realizar os interesses públicos, sem aproveitar

* *O autor é Juiz Federal Substituto da 5ª Vara/PI do TRF—1ª Região. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes/RJ.*

os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queira favorecer”¹.

Sob os auspícios desse desígnio constitucional e da mais abalizada doutrina, houve por bem o legislador infraconstitucional editar a Lei n. 8.429/92, propiciando, a um só tempo, a regulamentação minudente das sanções decorrentes da improbidade administrativa, bem assim a correspondente ação de responsabilização, cuja utilização responsável do arcabouço legal pelas partes legítimas (pessoa jurídica interessada e/ou Ministério Público), vem, a cada dia que passa, otimizando o atingimento de resultados positivos no combate à sangria/malversação criminosa de recursos públicos.

Insatisfeito com esse desenlace jurisdicional espreado por todos os rincões do país, quiçá arvorado no mais vil desejo da impunidade e do locupletamento ilícito, brindou-nos o poder legislativo derivado, em passado bem próximo, com um presente de grego, a saber, a Lei n. 10.168, de 24 de dezembro de 2002, que, dentre outras inovações, estendeu às ações de improbidade administrativa o foro especial por prerrogativa de função, até então restrito às ações de natureza criminal.

Passemos, pois, a abordar, pontualmente, a pertinência dessa extensão legislativa com seus potenciais e iníquos reflexos no trato da coisa pública.

2. Natureza Jurídica

De início, incumbe perscrutar acerca da natureza jurídica de eventual ação de improbidade administrativa: cível ou penal, resultado esse de importância ímpar, uma vez que legitimadora ou não da encetada extensão legislativa ora verberada.

Nesse escopo, urge transcrever os preceptivos legais de maior relevo sob o tema enfocado, *verbis*:

“Art. 15, CF/88 – É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...] V – improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º”.

1 *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 1999. tomo II, p. 749.

“Art. 37, § 4º, CF/88 – Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

“Art. 12 da Lei n. 8.429/92 – Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: [...]”.

“Art. 18 da Lei n. 8.429/92 – A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”.

Ora, não é preciso ser um exegeta de escol para chegar-se à ilação de que os mandamentos legais acima alinhavados, por si sós, rendem ensanchas à natureza cível das sanções decorrentes de improbidade administrativa, tanto que a Carta Magna não foi titubeante em expressar que as sanções serão aplicadas na forma e gradação previstas em lei, “sem prejuízo da ação penal cabível”, não sendo demasiado frisar em prol desse entendimento: a) o caráter cogente e literal do termo “ação civil” expresso no art. 18 do instrumento legal acima citado; b) o fato de as sanções insertas no art. 12 dessa mesma lei haverem de ser aplicadas, independentemente de outras de natureza penal; c) o fato de as condutas ilícitas elencadas nos arts. 9º, 10º e 11º do multicitado instrumento legal, ante o emprego do vocábulo “notadamente”, terem caráter meramente enunciativo, incompatível com o princípio da estrita legalidade em sede penal, tão bem cimentado pelo art. 5º, inciso XXXIX, da Carta Política vigente e d) o fato de qualquer processo criminal atingir de maneira indelével o *status dignitates* do indivíduo, imprescindindo de expressa caracterização da conduta como infração penal, o que não se reproduz fielmente no instrumento sob ataque.

Nesse trilhar, percuciente é o entendimento de Fábio Konder Comparato, ao afirmar que “se a própria Constituição distingue e separa a ação condenatória do responsável por atos de

improbidade administrativa às sanções por ela expressas, da ação penal cabível, é, obviamente, porque aquela demanda não tem natureza penal².

Assim sendo, forte nos argumentos acima deduzidos, não há negar o caráter extrapenal da ação de improbidade administrativa, sendo de toda ilegítima qualquer tentativa, ainda que legal, de transmutar-lhe a natureza.

3 – Foro Especial – Lei n. 10.168 – Inconstitucionalidades

Fincadas as premissas básicas da imprescindibilidade da ação de improbidade administrativa, bem assim de sua natureza jurídica extrapenal, pergunta-se: Encontra arrimo constitucional a alteração engendrada pela Lei n. 10.168/02, que, dentre outras inovações, houve por bem estabelecer foro especial por prerrogativa de função aos agentes públicos envolvidos em atos tidos como ímprobos? É óbvio que não.

Antes, contudo, de adentrar no tópico em testilha, há de se ressaltar, por mero dever de informação, que a existência de foro especial (gênero), por si só, não reflete anomalia jurídica, nem privilégio pessoal, devendo existir se e quando estiver em cena o binômio: exercício da função pública e interesse público, sob pena de amesquinamento do princípio da igualdade tão bem retratado no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988. Não é por outra razão que brada Luiz Flávio Gomes que “esse foro especial só tem sentido, portanto, enquanto o autor do crime está no exercício da função pública. Cessado tal exercício (não importa o motivo: fim do mandato, perda do cargo, exoneração, renúncia etc.), perde todo o sentido o foro funcional, que se transformaria (em caso contrário) em odioso privilégio pessoal, que não condiz com a vida republicana ou com o Estado Democrático de Direito”³.

2 COMPARATO, Fábio Konder. *Ação de Improbidade: Lei n. 8.429/92. Competência ao juízo de 1º grau*. Boletim dos Procuradores da República, ano 1, n. 9, jan. 1999. apud Moraes, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2003. p. 2.612.

3 Reformas penais: foro por prerrogativa de função. Disponível na internet: <http://www.ibccrim.org.br>.

Voltemos, pois, ao caminho anunciado no parágrafo primeiro do presente tópico, trascrevendo, para tanto, a norma reprochada (§ 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 10.168/02), que reza: “A ação de improbidade administrativa, de que trata a Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º”.

Com efeito, a ripostada alteração engendrada na Lei n. 8.429/92, via redação operada pela Lei n. 10.168/02, não merece beneplácito judicial, tamanha inconstitucionalidade material e formal, urgindo ser declarada inconstitucional, no âmbito difuso ou coletivo.

A inconstitucionalidade material salta aos olhos pelo singelo desrespeito à imposição implícita da Carta Magna de 1988, que bem estipula foro privilegiado/especial apenas aos crimes de responsabilidade e delitos penais, como se entrevê de seus arts. 102, I, 105, I, 108, I, sem olvidar a regra disposta no art. 29, X, do mesmo estatuto político, o que, sem sombra de dúvidas, permite tratamento diverso às ações dotadas de natureza cível.

A inconstitucionalidade formal, a seu turno, sobressai ante a impossibilidade de o legislador derivado, via pífia lei ordinária, alterar a estrutura jurídico-competencial dos tribunais da nação (STF, STJ, TRFs e TJ), reservando-lhe/estendendo-lhe competência ínsita a dispositivos constitucionais. Ademais, como é cediço, tratando-se o foro por prerrogativa de função de exceção às regras de competência dentro da sistemática processual pátria, a sua interpretação há de se dar de maneira estrita/estranque, sendo de todo desaconselhável o uso de interpretação extensiva ou analógica, como defendem alguns, como forma de preencher vazios em sede excepcional/constitucional, caindo como uma luva a sempre atualizada lição de Carlos Maximiliano para quem “O recurso à analogia tem cabimento quanto a prescrições de direito comum; não do excepcional, nem do penal. No campo destes dois a lei só se aplica aos casos que especifica⁴”,

4 MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 213

d'onde se conclui a despiciência da extensão legislativa propugnada pelo § 2º do art. 84 do CPP e, conseqüentemente, a plausibilidade de que ações civis de improbidade administrativa, entre outras (populares, ações civis públicas, cautelares), ainda que referentes a autoridades com foro privilegiado (delitos penais e de responsabilidade), iniciem-se e continuem a tramitar perante o juízo de primeiro grau.

Nessa linha de intelecção, lúcida é a manifestação do ínclito Fábio Konder Comparato⁵ ao afirmar ser indubitosa a competência do juízo de primeiro grau, não sendo nem mesmo lícito ao legislador instituir foro privilegiado: a um, por ser a instituição de foro privilegiado matéria de reserva constitucional, não havendo como igualar-se ação de improbidade com ação penal; a dois, porque o fato de o constituinte de 1988, ao contrário do de 1969, não vedar, às escâncaras, a possibilidade de estabelecimento de foro privilegiado, não denota por si só plausibilidade jurídica em sua criação via singela lei e, a três, por representarem os dispositivos constitucionais disciplinadores de foro especial exceção ao princípio da igualdade, cuja interpretação há de se operar de maneira restrita.

É o entendimento que pulula, igualmente, da melhor jurisprudência, senão veja-se:

“Senador da república. Inquérito civil. Ação civil pública. Medida processual a ser eventualmente adotada com empresas que estiverem sujeitas ao poder de controle e gestão do parlamentar, até a sua investidura no mandato legislativo. Alegada usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Ausência de plausibilidade jurídica. Medida liminar cassada.

“O Supremo Tribunal Federal – mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão de ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns – não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-

5 Competência de juízo de 1º grau. In: *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 119-129.

se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional – e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida – não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em *numerus clausus*, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Constituição da República. Precedentes” (Reclamação n. 1.110, rel. Min. Celso de Mello, STF).

“Ação ordinária. Antecipação de tutela contra ato de Ministro de Estado. Art. 105, I, da Constituição Federal. Competência originária do Superior Tribunal de Justiça. *Numerus clausus*. Extravasamento. Descabimento.

“I – Ações populares, ações civis públicas, ações cautelares, ações ordinárias, medidas cautelares ainda que nelas figure autoridade jurisdicionada, originariamente, em sede de mandado de segurança, do Superior Tribunal de Justiça, devem ser processadas e julgadas pela instância comum, visto que ‘o regime de direito estrito, a que se submete a definição dessa competência institucional [...] por efeito de Taxatividade do rol constante na Carta Política’, autoriza que se afaste, ‘do âmbito de suas atribuições jurisdicionais originárias, o processo e o julgamento de causas de natureza civil que não se acham inscritas no texto constitucional’ (STF, Pleno, Agravo Reg. em Petição n. 1.738-2, rel. Min. Celso de Mello – DJ 1º-10-99, p. 42).

“II – Não conhecimento da causa com remessa dos autos à Justiça Federal de 1º grau” (Petição n. 1.143/DF – DJU de 29-11-99, p. 00119).

4 – Posicionamento STF

Diante da natureza da ação de improbidade, que definitivamente possui caráter cível, levantaram-se, na doutrina e jurisprudência, ácidas críticas à criação da apontada prerrogativa de foro (Lei n. 10.168/02), prerrogativa essa que, a princípio, estaria limitada às ações penais e de responsabilidade, conforme moldura esboçada pela Constituição Federal.

Nesse contexto, fora ajuizada, perante o STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 2797-2/DF) na qual se fustiga o art.

1º da Lei n. 10.628/02, tendo o Min. Ilmar Galvão, no exercício interino da Presidência daquela Corte, indeferido, em 7-1-2003, o pleito liminar no qual se pretendia o não envio dos processos aos tribunais considerados competentes por força da lei sob afoite. Nesse ponto, inexistindo manifestação do Plenário do Pretório Excelso sobre o mérito da comentada ADI, há quem diga que o indeferimento da liminar reveste-se de eficácia *erga omnes* e tem efeito vinculante em relação a todos os magistrados e tribunais, até o definitivo julgamento da ação, em vista do que se propugna a tese da inteira validade da Lei n. 10.168/02, acarretando, por consequência, a remessa imediata das ações de improbidade administrativa em curso aos tribunais tidos como competentes, tese à qual não se pode aderir, à míngua de absoluta ausência de previsão normativa, constitucional ou legal, que ampare mencionada interpretação (art. 11, § 1º, da Lei n. 9.869/99). Há, inclusive, quem não reconheça a existência de comentados efeitos nem na decisão concessiva de liminar (TRF – 1ª Região – AMS n. 01000844152), o que se dirá daqueles casos em que tal pleito foi indeferido.

Todavia, o STF, seguindo por trilha diversa, no julgamento da Reclamação n. 2.381, firmou, em decisão plenária, o seguinte entendimento:

“Enquanto não sobrevier o julgamento de mérito da ADI 2.797, é desta colenda Corte, nos termos do artigo 84, § 2º, do Código de Processo Penal (redação dada pela Lei n. 10.628/2002), a competência para processar e julgar ação de improbidade administrativa a ser ajuizada em face de Senador da República” (STF – Órgão Julgador: Tribunal Pleno — Rel. Min. Carlos Britto — Fonte: DJ — Data 2-4-2004 — PP-00010 – Ement. vol. 02146-03 – p. 00500 — Julgamento: 6-11-2003).

Assim, com a aludida decisão da Suprema Corte, que, prestigiando a presunção de constitucionalidade das normas, admitiu expressamente a plena e efetiva aplicabilidade do § 2º do art. 84 do CPP, com a redação dada pela Lei n. 10.628/02, até que seja julgada definitivamente a ADI n. 2.797, não há adotar posicionamento diverso pelo juízo de primeiro grau, sob pena de atraso desarrazoado no deslinde do feito, seja em razão do uso

do instrumento recursal cabível, seja, até mesmo, em consequência do manejo de Reclamação dirigida ao STF, com vistas à preservação da autoridade de suas decisões.

A propósito, não é demais frisar, que profusos já são os julgamentos do STF, levados a efeito em sede de Reclamação, no sentido de ver preservado o comando da decisão acima reproduzida, a exemplo do que ocorreu na Rcl n. 2.509-MC/BA — Rel. Min. Gilmar Mendes; na Rcl n. 2.623/PR — Rel. Min. Ellen Gracie; e na Rcl 2.657/PR — Rel. Min. Celso de Mello.

Nesse mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça, mudando antecedente posicionamento (AGP n. 1964/PR — DJ Data 5-4-2004), quando indicava o juízo de 1ª instância como competente para o julgamento das ações de improbidade, passou a corroborar a inteligência perfilhada pela Corte Suprema, consoante bem reflete o aresto a seguir colacionado, prolatado à unanimidade pela sua Corte Especial, *in litteris*:

“Ação de improbidade. Ex-Governador de Estado. Posse como Deputado Federal. Lei n. 10.628, de 24-12-02. Competência do Supremo Tribunal Federal.

“1. Devem os autos da presente ação de improbidade, proposta contra ex-Governador de Estado, atual Deputado Federal, ser remetidos ao Supremo Tribunal Federal diante da Lei n. 10.628, de 24-12-02, e da decisão monocrática proferida pelo Supremo Tribunal Federal (McRCL n. 2.381-8, relator o Ministro Carlos Ayres Britto, DJ de 15-10-03), confirmada pelo Plenário, em 6-11-03, ao desprover agravo regimental do Ministério Público Federal. Segundo a orientação adotada, o referido diploma deve ser cumprido até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade respectiva, na qual foi indeferido o pedido cautelar de suspensão.

“2 — *Agravo regimental desprovido*” (AGP n. 2.589/SC — Relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito — Órgão Julgador: Corte Especial — Data do Julgamento — 19-5-2004 — Data da Publicação/Fonte DJ 14-6-2004, p.00152).

Ao que se vê, pois, intensas são as correntes que levam à imposição da remessa das ações de improbidade administrativa

aos tribunais competentes por força da regra inserta no § 2º do art. 84 do CPP, introduzido pela Lei n. 10.628/02, podendo-se afirmar que, após conturbados dissensos, hoje está assentado nas instâncias superiores, ao menos até cognição exauriente a ser operada no bojo da ADI n. 2.797, o reconhecimento dos regulares efeitos advindos da apontada lei, que, enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, merece o devido acatamento, com lastro na presunção de constitucionalidade que lhe reveste.

Nem tudo, no entretanto, encontra-se perdido, haja vista que o ínclito Min. Relator Sepúlveda Pertence⁶, recentemente, no bojo da ADI n. 2.797, reconheceu indubitavelmente a inconstitucionalidade do § 2º do art. 84 do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.168/02, pelos mesmos motivos acima delineados (natureza cível da ação de improbidade administrativa – impossibilidade de extensão de foro especial via singela lei ordinária — rol exaustivo da Constituição Federal, entre outros), esperando-se que o bom-senso igualmente venha a prevalecer nos votos dos demais membros do Excelso Pretório.

N'outra banda, mas ante a simbiose do tema e momento histórico anterior ao advento da Lei n. 10.168/02, pertinente se faz a menção à Reclamação n. 2.138⁷, em que o relator, Min. Nelso Jobim, já devidamente acompanhado pelos Ministros Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Maurício Corrêa e Ilmar Galvão, ensaia a distinção entre os regimes de responsabilidade político-administrativa previstos na Constituição, quais sejam os referidos pelos arts. 37, § 4º, e 102, I, c, ambos da *Lex Mater*, assentando que os agentes políticos nesse último dispositivo citado, por estarem regidos por normas especiais, não se submetem ao império da Lei n. 8.429/92, mas apenas a crimes de responsabilidade, em ação a ser ajuizada perante o STF, o que, à evidência, igualmente causa preocupação, uma vez que a confirmação do provimento liminar causará ruinosos reflexos ao conteúdo teleológico cristalizado na Lei n. 8.429/92, uma vez que o público-alvo desse importante

6 Informativo STF 362.

7 Informativo STF 291.

instrumento legal de combate ao ato administrativo tido como ímprobo restará circunscrito aos agentes públicos de baixo calibre, o que é de causar perplexidade.

5 – Conclusão

Ao lume do exposto, ante a intransponível natureza cível das ações de improbidade administrativa e as cristalinas pechas de inconstitucionalidade, material e formal, a que está encravada a Lei n. 10.168/02, em especial na parte em que consignou nova redação ao § 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, outro entendimento não se exsurge senão a impossibilidade de se placitar juridicidade à malfadada tentativa de extensão de foro especial aos agentes públicos responsáveis pela prática de atos administrativos tidos como ímprobos.

Referências bibliográficas

- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*. 10. ed., Coimbra: Almedina, 1999. Tomo II, p. 749.
- COMPARATO, Fábio Konder. Competência de juízo de 1º grau. In *Improbidade Administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. 1. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa, comentários à Lei n. 8.429/92 e legislação complementar*, São Paulo, Malheiros, 1994.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5. ed., São Paulo, Editora Malheiros, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2002.